



Stichting Digitale Duurzaamheid

Een garantie voor continuïteit van functionaliteit bij een e-depot

1. Inleiding

Gemeenten hebben een wettelijke plicht (Archiefwet 1995, Aw) om archiefbescheiden duurzaam te bewaren, te ontsluiten en te allen tijde ter raadpleging beschikbaar te stellen aan wie daar om vraagt. Veel gemeenten hebben die wettelijke taak gemandateerd aan archiefdiensten zoals regionale historische centra (RHC) als WFA, RHCe, BHIC.

Sprake is van een exponentieel toenemende omvang van digitale documentatie, gevolg is dat door gemeenten steeds meer digitale data wordt/zal worden overgebracht naar de RHC's in hun functionaliteit als archiefbewaarplaats. Dit omdat dit voor analoge documenten, en bij ontbreken daarvan voor digitale documenten, na 20 jaar (binnenkort na 10 jaar) wettelijk verplicht is, dan wel omdat dat efficiënt is (uitplaatsing)¹.

Na de inname van de data wordt door de innemende partij (veelal een RHCe) doorgaans getoetst of de data voldoet aan de criteria om overgebracht te kunnen worden naar duurzame digitale opslag, waaronder de beperking van de raadpleegbaarheid vanwege wet- en regelgeving. Indien aan de criteria wordt voldaan volgt overbrenging in de zin van de Aw, en is de data opgeslagen op servers (in een daarvoor geconditioneerde/beveiligde omgeving).

Continuïteit² van de beschikkingmogelijkheid (raadpleegbaarheid) van de data is belangrijk, daarom moet er een maximale borging zijn dat die onder alle omstandigheden voortgaat.

Een bedreiging voor die continuïteit is een faillissement van de partij die verantwoordelijk is voor die continuïteit. Indien data worden beheerd/opgeslagen bij een partij waarbij de bedoelde discontinuïteit zeker niet zal optreden in het geval van een faillissement (zoals bij een overheidsinstantie) is er geen noodzaak te voorzien in een *continuïteitsborging*.³ Dit is een goede mogelijkheid bij voldoende massa, d.w.z. een bepaalde omvang van partijen dan wel van de opgeslagen data (*insourcing*).

Als het beheer van de digitale data evenwel is uitbesteed aan een partij⁴, bij wie een faillissement denkbaar is (marktpartij), moet worden gegarandeerd dat a. de eigenaar de beschikking houdt over de data, b. de dienstverlening (het raadpleegbaar stellen) ongestoord verder gaat indien een faillissement optreedt, in elk geval voor een periode

¹ De rechten op door een in een regionale archiefbewaarplaats participerende gemeente overgebrachte digitale data blijven na overbrenging bij die gemeente.
² Als bedreiging van de continuïteit wordt hier een faillissement van een leverancier van een dienst van beheer van digitale data aangenomen.

³ Immers, bij opheffen, samenvoegen, etc. is er altijd een rechtsopvolger.

⁴ Indien sprake is van insourcing van deze diensten kan worden afgezien van diensten van derden (opslag en beheer), waarbij tevens de noodzaak vervalt om complexe continuïteitsborging te arrangeren.

⁵ Een regeling waarbij uitsluitend een kopie van de data of broncode bij een derde (veelal commerciële) partij wordt onder gebracht.

⁶ Art. 2 Statuten – Doel

1. De stichting stelt zich de volgende doelen:

a. Continuïteit borgen van de dienstverlening van DiVault, onderdeel van R5-projects BV

waarin zorgdragers van data nadere maatregelen hebben kunnen treffen.

Hier wordt verder ingegaan op een optredende discontinuïteit vanwege faillissement, en de mogelijkheden voor continuïteitsborging.

2. Keuze voor een vorm van continuïteitsborging

Data en de dienstverlening dienen veilig te zijn in het geval dat de leverancier faillieert. Daar zijn verschillende mogelijkheden voor.

1. *Back-up* van data door zorgdrager binnen eigen ICT omgeving
2. Software en data Escrow⁵-regelingen
3. SaaS Escrow regeling o.b.v. continuïteitsstichting

Ad 1: Om back-ups te kunnen maken moet er kennis en middelen binnen de eigen organisatie (of indien uitbesteed, bij derden) aanwezig zijn. Daarbij wordt, gezien de omvang van de data, het datatransport een groot (financieel en technisch) probleem.

Ad 2: Dit is een zowel juridische als technische borging. Binnen een Escrow-regeling wordt een *back-up* veilig gesteld bij een derde (Escrow) partij. Hierbij treedt natuurlijk hetzelfde probleem op als bij punt 1.)

Ad 3. Dit omvat de onder 2 bedoelde juridische borging, inclusief de zekerheid dat gedurende een bepaalde periode ongestoorde dienstverlening van minimaal benodigde omvang om uitvoering van de wettelijke taken te kunnen blijven waarborgen (raadpleegbaarheid) is gegarandeerd.

Om daarin te voorzien ten behoeve van archiefdiensten van leverancier DiVault is de stichting digitale duurzaamheid (StDD) opgericht⁶. De StDD waarborgt het gestelde onder 3. voor diens begunstigen (de partijen die een begunstigersovereenkomst afsloten met de StDD).

2.1 Eigenaar van data kan blijven beschikken over data, ondanks faillissement: borging van continuïteit van beschikkingmacht

Ten behoeve van deze continuïteitsborging wordt gebruik gemaakt van het recht van vruchtgebruik. Dit is een zakelijk recht met goederenrechtelijk gevolg dat hier tot gevolg heeft dat ook als de intellectuele rechten verkocht worden uit het faillissement, het recht van vruchtgebruik blijft bestaan en nagekomen moet worden door de nieuwe eigenaar.

Het respecteren van vruchtgebruik geldt niet bij een gebruiksrecht (licentie); als een faillissementscurator de intellectuele rechten verkoopt en er is slechts een gebruiksrecht gevestigd ten behoeve van de StDD, dan kan de nieuwe eigenaar niet gedwongen worden het gebruiksrecht te respecteren.

b. Informeren van de donateurs over de ontwikkelingen rond het onderwerp van digitale duurzaamheid

c. Het (laten) doen van onderzoek op het gebied van digitale duurzaamheid

2. De stichting tracht haar doel te bereiken door :

a. Vastleggen van overeenkomsten met toeleveranciers van DiVault om de continuïteit te borgen

b. Het treffen van de noodzakelijke voorzieningen om beschikbaarheid van de te beheren archiefdata te kunnen continueren

c. Het periodiek organiseren van informatiesessies en werkgroepen rond het thema van digitale duurzaamheid

d. Het laten uitvoeren van onderzoeksopdrachten op het gebied van digitale duurzaamheid

3. De stichting heeft het maken van winst uitdrukkelijk niet ten doel

Deze continuïteitsborging heeft een beperkte geldigheid; het aan een rechtspersoon verschaft recht op vruchtgebruik verloopt 30 jaren na vestiging (art. 3:203, derde lid, BW). De beste continuïteitsborging is overdracht aan een derde entiteit (stichting of vennootschap), in dit geval een continuïteitsstichting⁷.

2.2. Eigenaar van data kan blijven beschikken over data, tevens gaat de functionaliteit gedurende enige tijd door ondanks faillissement: borging van continuïteit van beschikkingsmacht en van operationaliteit

Medewerkers van de leverancier blijven hun werkzaamheden verrichten, zij het niet meer vanwege hun dienstverband met de gefailleerde leverancier, maar vanwege een overeenkomst van aanneming van werk met de StDD, die intreedt zodra de leverancier faillieert. De kosten van ongestoorde voortgang van functionaliteit komen voor rekening van de desbetreffende begunstigers, die daarmee dus de duur van de functionaliteit bepalen (doorgaans totdat een andere oplossing is gevonden, bijvoorbeeld een overeenkomst met een nieuwe leverancier).

Een andere variant, namelijk dat de STDD aanzienlijke reserves en voorziening in stand houdt voor dit doel ligt niet voor de hand; immers de partijen die de continuïteit moeten bekostigen houden zelf reserves en voorzieningen aan voor het geval calamiteiten optreden. Dat betekent wel dat deze materie een plaats zal dienen te hebben in de risicoparagraaf van de desbetreffende partij(en).

Uitgegaan wordt van een aanpak binnen de bestaande architectuur. Daarbij wordt gekeken hoe de activiteiten/diensten voortgezet kunnen worden met behoud van de aanwezige middelen, contracten en kennis.

Voordelen

- Continuïteit wordt geborgd door de deelnemers
- Gebruik wordt gemaakt van aanwezige technische aanpak
- Aanpak sluit aan bij de operationele technische architectuur
- Gebruik van de gehanteerde software is geborgd
- Benodigde kennis wordt geborgd
- Geen (continue) verplaatsing van data of systemen
- Kosten zijn relatief laag

Nadelen

- Afhankelijkheid van het bestuur van de stichting. Het bestuur moet immers alles in het werk stellen om de dienstverlening voort te zetten.

2.3. Hoe werkt dat in de praktijk

Als de leverancier faillieert (er is een dreiging ingetreden), spant de StDD zich in om de archiefdiensten (die de leverancier tot aan het faillissement leverde) voor een periode van zes maanden doorgang te laten vinden jegens de klant -indien deze begunstigde is, waarover later meer-. Dat gebeurt op basis van overeenkomsten met toeleveranciers van DiVault en diverse maatregelen. Deze inspanning ten behoeve van de continuïteit wordt genoemd: begunstiging. De daarmee gemoeide kosten

worden gedekt uit bijdragen van degenen die deze begunstiging hebben aanvaard.

De StDD en de leverancier sloten een overeenkomst (ook wel genoemd: *mantelovereenkomst*) waarin hun wederzijdse rechten en plichten zijn geregeld. Bijlage 1 bij de overeenkomst is de *Aanvaarding van de begunstiging*; zodra de klant die heeft getekend is de begunstiging van kracht, dat wil zeggen dat de StDD en de leverancier verplicht zijn tot uitvoering van de tussen hen gesloten overeenkomst met de bedoeling daarmee de klant te begunstigen (zodra er een bedreiging is) ten aanzien van de continuïteit.

Daarnaast is een overeenkomst aangegaan met de datacenterpartij van de leverancier om te borgen dat hun diensten gecontinueerd worden na een eventueel faillissement. Er is een bepaalde tijd beschikbaar, waarin data, hardware en software niet (onmiddellijk) verplaatst behoeven te worden, en die gebruikt kan worden om nadere maatregelen te treffen. Voorbeelden zijn: de selectie van een vervangende partij die de activiteit kan voortzetten/overnemen, een overeenkomst met een andere leverancier, overbrugging totdat een faillissement eventueel wordt opgeheven, het nemen in eigen beheer van data en de raadpleegbaarstelling daarvan, etc.

De StDD huurt de werknemers van de leverancier bij het intreden van de bedreiging in, daartoe sluit zij nu reeds een overeenkomst met deze personen. Dit is een aantal personen die tot dan op basis van arbeidsovereenkomst met DiVault deze diensten verzorgden, de CTO en de *lead developer*.

De StDD heeft de servers in eigendom, maar kan daar niets mee doen zonder kennis en gebruik van de software. Deze komen beschikbaar na optreden van een bedreiging. De servers bevatten de data van alle cliënten van de leverancier. Evenwel, slechts jegens cliënten die gebruik maken van de begunstigenregeling (deze aanvaard hebben), heeft de stichting verplichtingen.

Een cliënt van de leverancier die begunstigde is van de StDD kan jegens de StDD de verplichtingen uit de overeenkomsten laten gelden, dat kan een cliënt die geen begunstigde is niet. Zodra er een bedreiging is, neemt de StDD de voortzetting van de diensten over van DiVault, doch slechts jegens de cliënt die begunstigde is. De cliënt die geen begunstigde is blijft natuurlijk rechthebbende van zijn data op de servers in eigendom van de StDD, doch kan geen beroep doen op begunstiging (i.e. continuïteitsborging van beschikking over data en raadpleegbaar stelling daarvan).

Samengevat; zolang de begunstiging niet aanvaard is, kan geen aanspraak worden gemaakt op de diensten van de StDD in geval van een bedreiging, onverlet dat nakoming kan blijven worden geëist van de overeenkomst met DiVault.

De StDD heeft als doel de waarborging van de continuïteit van de data en dienst, dat kan evenwel niet meer zijn dan een inspanningsverplichting. Anders zal haar eigen continuïteit bedreigd worden. Omdat haar doel is het waarborgen van die continuïteit, zal zij zich altijd tot het uiterste inspannen met de middelen die zij heeft. Als de Stichting niet solvabel is kan zij de continuïteit niet

⁷ <https://ictrecht.nl/2013/03/04/continuïteit-clouddienst-deel-4-software/>

waarborgen. Het is dus essentieel dat er voldoende middelen voor handen zijn voor de te maken kosten.

3. Kosten

Het is van belang dat StDD een vermogenspositie opbouwt om zelfstandig beslissingen te kunnen nemen waaraan kosten verbonden zijn.

De stichting vraagt begunstigden een vergoeding om de operationele kosten te dekken (administratie, overleg, juridische ondersteuning, informatiebijeenkomsten voor begunstigden). Er is gekozen om geen bijdrage te vragen voor het inrichten van een financiële voorziening (bijvoorbeeld voor het opzetten van een waarborgfonds) om een deel van de kosten bij een faillissement te kunnen dekken. Hiermee blijven de kosten voor de deelnemers relatief gering en zijn de financiële risico's van de Stichting beperkt.

De bijdrage van de deelnemers is gebaseerd op de omvang van het aantal inwoners in het zorggebied en het in gebruik zijnde volume in het E-depot (TB).

Bedacht moet worden dat de stichting na intreden van bedreiging gerechtigd is om periodieke vergoeding aan begunstigden te vragen ter gelijke omvang van of lager dan de vergoeding die begunstigden krachtens overeenkomst met DiVault verplicht is. Deze periodieke vergoeding van begunstigden dekt de kosten van datacenter, mensen, etc. die nodig zijn om de activiteit blijven uitvoeren na faillissement van de leverancier. Verwachting is dat deze kosten in lijn zijn met de huidige kosten voor het gebruik van de duurzame digitale opslag. De deelnemers dienen hiervoor een financiële voorziening te treffen.

De hoogte van de periodieke vergoeding van de voorziening wordt maandelijks berekend op basis van de begroting van de kosten voor het voorzetten van de dienst na faillissement welke bestaat uit: Datacenter kosten, Licentiekosten en Personeelskosten. Een eventuele kostenstijging wordt verdeeld over de deelnemers op basis van de omvang van het aantal inwoners in hun zorggebied.